

△資料▽

クラウス・ライマー

トロイハント保証とジッヒェルンクス保証(一)

——保証法の本質と展開——

辻 博 明

はじめに

一 都市法までの展開

- (1) トロイハント保証 (Treuhandsbürgschaft)
- (2) ジッヒェルンクス保証 (Sicherungsbürgschaft)
- (3) 混合方式 (Mischformen)

二 普通法

おわりに

はじめに

わが国においては、保証制度は重要な機能を有しており、さまざまな形態で用いられている。例えば、金融取引における保証、身元保証、継続的売買の保証、借地・借家の保証、代理店契約の保証、信用保証協会による保証等々である。このように、一口に「保証」とよばれるものの中にはさまざまな形態のものが含まれており、それらは相互に重複した概念である。それ故、保証制度の本質及び機能は予想外に不明確且つ複雑なものとなっており、又、それが延いてはわが国における実際上の保証制度と完全に対

応した法解釈を困難にしているように思われる。

このように、不明確且つ複雑な保証制度の実体を説明するには、その起源及び機能変遷を中心とした研究が不可欠であると思われる。保証制度の沿革に関して、貴重な研究がこれまでにも見られるが、ドイツ法に関してはFr・バイヤーレ説が紹介されているにすぎない(西本頼「バイヤーレ・保証制度の起源——ゲルマン法から試みた解釈——」(論叢二二巻一号二二八頁))。そこで、本稿においては、中世後期から近世におけるドイツの保証制度の機能変遷をバイヤーレと違う観点から跡づけたK・ライマー説を紹介することにする(Klaus Reimer, Treuhandbürgschaft und Sicherungsbürgschaft, in: Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, Ger. Abt., Bd. 85 (1968), S. 202 ff.)。なお、この論文に対する筆者(辻)の見解は最後の「おわりに」において述べるにとどめるが、以下の本文中に筆者が付した傍点によって筆者の関心も間接的に理解して頂けるものと考えらる。

一 都市法までの展開

Fr・バイヤーレの「保証制度の起源」に関する論文(ZRG. (G. A.) Bd. 47, 1927, S. 567 ff.)によって、ゲルマンの保証制度の起源を質の觀念から説明しようとするそれまでの有力説(Gierke, Schuld und Haftung)に代ってバイヤーレ説が有力となった。しかし、バイヤーレが論証した①差出(出頭)保証(Gestellungsbürgschaft)→②執行保証(Exekutionsbürgschaft)→③支払保証(Zahlungsbürgschaft)という保証制度の展開図式には、保証法の形成に断裂と矛盾とが存在する。つまり、執行保証人は、債務者と連帯して債務と責任を負うが、それが効果のない場合には単独・直接にのみ債務と責任を負い(補充責任)、債務者は、間接的にのみ債務と責任を負うことになる。しかし、この説によると、担保としての保証人の設定及び債務者の自己保証は十分には説明できない。

先の両説の問題点は、「保証」という統一概念に含まれる異なる二つの法制度を一つの方式にまとめようとしたために事実関係と準則をさまざまな場合に曲解しなければならないという点にある。それ故、逆に、異なる場所に時を同じくして併存した保証制度の二つの原形を前提とすべきである。

(1) トロイハント保証 (Treuhandbürgschaft)

バイヤーレ説によると、保証制度の出発点は、他人の債務に対する責任にあるのではなく、然るべき事の発生に対する人格的責任にあるとされる。保証人が保証を引き受けることによって、債務奴隸となつてゐる債務者は活動の自由を回復した。つまり、債務者は、債権者に給付を約束する印として賭物 (wadia) を引き渡すことによつて債権者の人質となり、債権者は、債務者から受けた賭物である棍棒 (Stab) をさらに保証人に引き渡すことによつて債務者とその財産に対する権力とを保証人に信託した。しかし、保証人の責任は、人格的責任であつて、財産的責任ではなかつた。債務者は、賭物に基づいて財産と人格をもつて債務と責任を負つたのに対して、差出保証人は、賭物の受領によつて債務者のために人格的責任を負い、債務者が自己の財産から債権者に弁済するように尽力する義務を負つた。従つて、保証人が債務者の財産から債権者に質物を調達するかそれとも債務者の財産を自ら債権者に引き渡す努力をしなけりなかつたという展開は、明らかである。さらに、保証人の義務が宿泊者 (Einlager) となることに尽き、又、保証人が宿泊者となることをやむなく遅延した場合に保証人自らが財産的責任を負うのではなく代人を立てることによつて自己の給付を補わなければならなかつたという展開も、明らかとなる。ところで、保証人が宿泊者としての義務を手順通りに果さなかつた場合、つまり、保証人が、債務者による財産的責任と人格的責任の履行について人格的責任を負う旨の債権者に対する信約 (Treuegelöbnis (fidem factam)) を遵守しなかつた場合にのみ、保証人も債務と人的責任を負つた。このような場合に保証人が債務と責任を負う原因は、賭物の受領や債務者の不払いではなく、信約違反つまり宿泊者としての義務に違反したことによる債権者との間の信頼関係の崩壊であつた。

要するに、保証人は、賭物の受領によつて債務者とその財産に対する権力とを譲り受け、その権力を駆使して債務者の財産から債権者が弁済を受けられるように人格をもつて尽力することを債権者に誓つた。しかし、このような債権者と保証人との間の契約は、保証人が信約を遵守しなかつた場合には、保証人の補充責任と化した。以上のようなトロイハント保証の契約類型に属するものとしては、宿泊者 (Einlager)、保証人の人質 (Geiselschaft)、刑事手続にも見られる訴訟上の保証 (Prozeßbürgschaft) がある。

(2) ジュヒェルクス保証 (Sicherungsbürgschaft)

これに対して、債務者が担保としての保証人を設定する場合、法律関係は全く異なり、債権者と債務者との間の契約によって、質物が保証人に与えられる（トロイハント保証の場合、債権者と保証人との間の契約）。確かに、担保としては右の保証でなくとも占有質で十分であるが、占有質は、質物の占有の移転をとまなうため債権者側からの履行を債務者に担保するものではない。このような理由から、担保としての保証人は、債務者によって設定され、さらに、その設定時は、原因契約締結前、遅くとも債権者側からの履行前であった。保証人は、債務者から事前に質物を与えられるか、又は、保証人自身が損害を受けないですむように債務者財産に対する広範な権能と実行力を与えられていた。

以上の場合、保証人は、第一次的・単独責任を負い、債務者は、全く責任を負わない。債務者の自己保証 (Selbstbürgschaft) は、第一次的・単独・直接に責任を負う保証人、つまり担保としての保証人が債務者によって設定された場合に、有意義にして明確となり、又、その場合にのみ見られた。

*メルゲンタイム (Mergentheim) 都市法によると、債務者は保証人に事前に無占有質の方式によって質物を与え、その質物を都市登記簿に登録させる義務があった。保証人は、債権者から催告を受けた場合、登記済のその質物を転質するか、又は、換価して弁済する義務を負った。

無占有質によって債権者を担保しようというこの規定の経済上の目的は明白であり、かくして quasi "Sicherungseigentum" を債権者に設定する法制度が生まれた。この保証方式が質の性格を有することは、都市登記簿への質物の登記という点から否定しえない。

(3) 混合方式 (Mischformen)

ここで保証制度の両方式 (1)(2) の相違をまとめると、次の通りである。

トロイハント保証 (Treuhandbürgschaft)

(i) 契約当事者及びその目的↓債権者と保証人との間で締結。債務者のために締結。

(ii) 債務者の責任↓財産的責任と人格的責任。

(iii) 保証人の責任→宿泊者(Einlager)に見られる補充的な人格的責任。宿泊者としての義務に違反した場合は、債務者の責任と同様。
ジッヒェルンクス保証 (Sicherungsbürgschaft)

(i) 契約当事者及びその目的→債権者と債務者との間で締結。債権者のために締結。

(ii) 保証人の設定手続→債務者から保証人に対して事前に質物が与えられた後、保証人が設定される。

(iii) 保証人の責任→第一次的・単独責任。

(iv) 債務者の自己保証 (Selbstbürgschaft) が可能。

ところで、保証制度の右の両方式のその後の史的展開は、全く相反していた。まず、トロイハント保証においては、保証人の義務は補充的なものであったため、債務者がすでに債権者に支払を済ませたか又は質物を与えたかどうかを最初に確認する必要がある。それ故、すでに継受期前において、おそらくその影響のもとに債務者に対する先訴 (Vorausklage) の要件が展開した。宿泊者制度がその後正当性を失ったため、債務奴隷と債務拘留が崩壊し、それにもなって保証人が宿泊者としての義務に違反した場合の補充的な財産的代当責任は、保証人自身の財産による補充的な財産的責任となった。

これに対して、ジッヒェルンクス保証においては、その後の史的展開は、全く逆であった。すなわち、債務者によって質物を与えられて債権者のために設定された保証人の第一次的単独責任だけでは経済的要請を十分満たしえなかったため、債務と責任を一旦免れた債務者は、自己財産による自己保証をすることによって保証人とともに債権者から直接差押を受けることになった。これによって保証人と債務者は直接・連帯責任を負うことになったため、保証人の設定前に質物を保証人に与えることは無意味となり、正当性を失った。債権者にとっては、今や財産がどこに存在するかは重要ではなくなっていた。すでにこの段階において、保証制度の起源である両方式は消滅しているのである。トロイハント保証の保証人が賭物の引き渡しによって債権者から債務者の財産に対する差押権を得たが、今や、ジッヒェルンクス保証の保証人も債務者から債務者の財産に対する差押権を与えられるに至った。このようにして、継受前における保証制度には、その方式及び種類において多様性が見られる。つまり、先述の保証制度の起源である両原形はすでに消滅しており、相互に類似するものへ推移していた。

二 普 通 法

ローマ法の継受が進行するとともに都市法の改革が行われたが、一四九八—九九九年におけるボルムス (Worms) の改革もその

一つであった。ボルムスの改革が一般的に見て又一四七九—八四年におけるニュルンベルク (Nürnberg) の改革との比較において純ローマ法学的なものであると解されるならば、既存のゲルマン的法律關係に根ざしながら先述のゲルマンの保証制度の異なる兩方式に対する実用的な解決策を見出す必要性にせまられていた。例えば、ボルムス都市法第一八款における保証はジッヒェルンクス保証であり、保証人が主債務者を兼ねている。これに対して、第三三款における保証はトロイハント保証であり、主債務者に対する先訴の抗弁を保証人に与えている。後者の場合、保証人の義務が依然として宿泊者 (Einlager) となることであつたかそれともすでに補充的な財産的責任であつたか關係なく、眞の債務者に請求しなければならなかつた。又、保証人が債権者から請求を受ける前に債務者に対して事前に求償することは、一般に禁止されていた。しかし、保証人が補充責任のみを負い主債務者への先訴を要件とするトロイハント保証は、「悪しき保証」とみなされ、諸々の誓約 (Schwören, Geloben, Zusage, Versprechen) と同様に悪しきものとされた。これに対して、十分な担保を提供したのは、質物を納めるつまりジッヒェルンクス保証人の設定であつた。ジッヒェルンクス保証の保証人は、直接責任を負い、従つて、主債務者への先訴も要件ではなかつた。

このように、ローマ法思想が受け入れられた結果、責任を負う者は債務も負うことになつた。それとともに、一四—一五世紀において盛んに用いられたがその後衰退し濫用されてた宿泊者制度は、實際上消滅し、保証人の補充責任が導入された。それが法律上明確に禁止されたのは、一五四八年の帝国警察令 (Reichs-Polizei-Ordnung) が最初であつて、この禁止は、一五七七年の帝国法 (Reichsgesetz) によつて承認された。宿泊者制度は、ギールケによると一六世紀においても依然として盛んに用いられていたとされ、さらに、貴族においては三十年戦争の初めまで慣用されていたはずであるが、一般的にはすでに都市法改革期において用いられなくなつていたはずである。

債務奴隷、債務拘留及び宿泊者制度の廃止とともに、人格的責任は現行法から消滅した。しかし、「人的責任」という表現は、引当財産が特定された財産的責任である物的責任とは区別される別概念として生き続けている。現行法においては、特別な例外を除けば債務なき責任は存在しない。

おわりに

以上第一節及び第二節において、ドイツにおける保証法の本質と展開に関するK・ライマー説を紹介した。そこで、今後の研究の一手掛りとして若干コメントを付すことにする。ただし、筆者(辻)は、この問題に関してはまだ本格的研究を行っていないの

で、整理をするにとどめたい。

(i) 従来の説との相違点

当初、ゲルマンの保証制度の起源を質の觀念から説明しようとしたギールケ説が有力であった。しかし、その後、保証制度の起源を裁判手続に求め、信託的保護關係から説明しようとしたバイヤーレ説が有力となった。さらに、バイヤーレは、①差出保証→②執行保証→③支払保証という保証制度の展開図式をも提示している。これら兩説に共通する点は、保証制度の起源を一つの方法にまとめ、その展開も単一の流れとして説明している点にある。これに対して、K・ライマー説は、保証制度の起源を二つの方式つまり、トロイハント保証 (Treuhandbürgschaft) とジッヒェルンクス保証 (Sicherungsbürgschaft) に求め、その展開も両方式から跡づけている。又、この説は、都市法と普通法の研究に基づいており、より実証的であると思われる。

(ii) まとめ

ここで、K・ライマーの主張を整理することにした。

① 保証制度の起源とされるトロイハント保証とジッヒェルンクス保証の内容

まず、トロイハント保証は、債務者のために債権者と保証人との間で設定され、保証人は、補充的な人格的責任を負った。ただし、その義務に違反した場合は、債務者と同様に財産的責任をも負った (代当責任)。

これに対して、ジッヒェルンクス保証は、債権者のために債権者と債務者との間で設定され、保証人は、第一次的・単独責任を負い、債務者は、免責された。保証人の設定においては、事前に債務者から保証人に対して質物が与えられた。

② トロイハント保証とジッヒェルンクス保証の展開 (混合方式・ローマ法の継受)

まず、トロイハント保証の保証人は補充責任を負うにすぎなかったため、債務者に対する先訴が要件とされるようになり、又、トロイハント保証の代表的な制度である宿泊者制度が衰退するとともに、保証人の責任は代当責任から保証人自身の補充責任へと移行した (混合方式)。他方、ジッヒェルンクス保証は担保力強化のため保証人と債務者とが連帯責任を負うようになり、その結果、債務者から保証人への質物の引き渡しは無意味となった (混合方式)。

このように、保証制度の起源と考えられる両原形は、ローマ法の継受前においてすでに消滅し、相互に類似する混合方式へ推移していた。そして、このような展開は、ローマ法の継受にともなう債務と責任の一体化とそれを受けた立法によって確たるものとなった。

(iii) 今後の課題

第一には、K・ライマー説の意義及び位置付けが課題として残されている。その際、再度ギールケ説及びバイヤーレ説を考察する必要があると思われる。

第二には、このような保証制度の機能変遷が現行の保証制度、担保制度及び執行手続とどのように結び付いているのかという点が、課題として残されている。

* Stadtrecht Mergentheim
vom 10.8.1444—OStR Bd. I S. 147.

IX. 1.) Das hinfüre kein bürger nimandes burge werden solle gein cristen oder juden, es ensei danne das der selbschulde dem burge, den er versetzen wil, vor hin ein genüge thū mit seinen underpfanden, die er im dann in das statbuch setzen und schriben lossen sol, als gewonheit ist, fur so viel gelt, do fur er in dann versetzen wil. und weres sache das der, dem die schulde zustünde, nicht betzalt würde uff die zeit und ziel, als im dann der selbschulde versprochen und geheißē hett, so soll er zwene burger des gericht's dortzū nemen und seine burgen manen in der burger geinwertikeit. wann dann der burge also dorumb gemant wirt, so sal und mag er sein underpfant, das im ingesetzt ist, angriffen und das versetzen oder verkeuffen für sin gelt und sich ledig machen. mochte oder konde er solicher underpfande nicht verkeuffen oder versetzen in viertzehē tagen, so sal er im die lossen schetzen die gesworen schetzer und dem selbschulden das gelt ußrichten dornoch in 14 tagen, und sol auch der selbschulde, des burge er ist, keinen andern schaden suß uff in triben.

2.) Auch ist gemacht ain rat, wem underpfande in stunden, darumb die ziel ergangen weren, ader ergen würden, der sal die uff lassen biten zwene sontage uff der kantzeln. und mag er die nit verkeuffen ader versetzen in der zit noch der stat recht, so sal und mag er im die alsdann auch lossen schetzen die gesworen schetzer noch der stat recht.

3.) Auch sein min heren und der rat eins worden, welcher burgen versetzt hat, der sol gedencken und sein burgen ledigen in eim jor, das do nehst kompt noch verkundigunge diess gebotes. und der burge sal auch gedencken, daz er ledig gemacht werde in der zit. wolte aber einer seinen burgen, den er versetzt het, lenger in der burgschafft haben, und der burge auch lenger in der burgschafft bliben, so sal er im ein genüge thū mit underpfanden, als obgeschriben ist.

4.) Und welcher burger der obgeschriebē stücke eins ader mee verbreche und nicht hielte, wo das erfaren würde, den sal man stroffen an libe und an güt on gnade.